✠

ADDICION AL MEMORIAL EN DRECHO:

QUE PRESENTO DOÑA ROSALIA ZARZUELA, antes Diez Giron de Rebolledo, Baronesa de Andilla.

EN EL PLEYTO CON DON FERNANDO GIRON DE REBOLLEDO.

SOBRE

LA SUCCESSION DEL MAYORAZGO FUNDADO por Don Francisco Zarzuela el antiguo, y bienes en èl recayentes, y subrogados, vacante por muerte de Don Francisco Zarzuela, antes Sapena, su ultimo posseedor.



SIN embargo de averse acreditado superabundantissimamente en el primer Informe, deverse juzgar por regular nuestro mayorazgo, y no de nuda, y simple masculinidad en la vacante, y caso ocurrente: con todo, para que en ello no quede, ni aun el mas leve resquicio de duda, ha parecido proponer à la Superior censura nuevos fundamentos, que patentemente lo convencen, y dexan sin question el drecho, è inclusion de Doña Rosalìa, y la exclusion del contendor Don Francisco Fernando.

Y como todo el rumbo de èste en sus alegatos, se encamine à persuadir, que en las substituciones, y llamamientos de los hijos, y descendientes varones de las hijas de Don Francisco, primer heredero (que son las clausulas 5. y la parte condicional de la 6. de la fundacion) contemplò el vinculador la nuda, y simple varonìa, se harà patente lo contrario, y para ello se discurrirà separadamente, primero sobre la clausula 5. y en segundo lugar sobre lo condicional de la clausula 6. y ambos discursos procuraràn ceñirse à la mayor concission, sin que se peque contra el precepto de Horacio *in Arte Poetica lib. 1. Dum brevis esse laboro, obscurus fio.*

A DIS-

DISCURSO PRIMERO.

EN QUE SE ACREDITA, QUE EN LA CLAUSULA V. de la fundacion, solo llamò el Testador à los descendientes varones de varones de las hijas del dicho primer heredero Don Francisco, y por consiguiente, que contemplò solo la agnacion artificiosa, y no la nuda, y simple masculinidad.

1 SE supone en primer lugar, que el llamamiento de varones por recta linea masculina, es en la realidad lo mismo, y obra en drecho los mismos efetos, que el llamamiento de varones de varones: assi lo enseña el Eminentissimo de Luca *de fideicommiss. discurs.* 28. *n.* 10. ibi: *Secundo fortius, quia pluries, ac pluries tam in dispositiva, quam in conditionali Testator vocat, seu in conditione ponit earundem fœminarum lineam masculinam, per quam inducta censetur restrictio ad masculos immediatos, eorumque descendentes masculos, absque mixtura fœminarum, per quas rumpitur filius talis lineæ.*

2 Y ambas vocaciones las tienen por una misma Castillo *lib.* 5. *controvers. part.* 2. *cap.* 133. *n.* 14. ibi: *Nisi disponens ipse, aut institutor majoratus expressè caverit, se velle vocatorum ipsorum agnationem conservare, aut masculos ex masculis, sive ex linea masculina expressè vocaverit.* Roxas *de incompatibilit. part.* 1. *cap.* 6. § 21. *n.* 306. ibi: *Suceda en este mayorazgo varon de varon. Vel sic: Sucedan siempre varones descendientes por linea masculina.* Y lo mismo sintieron Menochio *cons.* 1229. *n.* 21. *&* *cons.* 1006. *num.* 7. Bondeni *colluctation. legal. cap.* 39. *n.* 62. Carol. Anton. de Luca *de lin. legal. lib.* 1. *art.* 16. *&* *lib.* 2. *artic.* 60. Addent. ad Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *à n.* 34. *usque ad* 41.

3 Aunque fundar principio tan manifiesto pueda parecer agravio de la alta comprehension de quien ha de verlo, y juzgarlo, servirà de disculpa, aver querido el contendor poner duda en verdad tan clara, como se verà mas adelante.

4 Deve igualmente suponerse, que en los primeros llamamientos, que diò nuestro vinculador en las tres primeras clausulas de la fundacion à los hijos, y descendientes varones de su hijo, y primer heredero Don Francisco, solo incluyò à los descendientes varones de varones, eo por recta linea masculina, que como và fundado, es lo mismo.

5 Pruevalo literalmente la clausula 3. ibi: *E en caso que el dicho hijo del dicho Don Francisco, al qual despues de la muerte del dicho Don Francisco pervendrà la dicha Baronìa, è Lugares, morirà con hijo, ò hijos varon, ò*

va-

varones legitimos, è de legitimo matrimonio, carnalmente procreados, si aquel, ù aquellos, à quien la dicha Baronia successivamente pervendrà, moriràn con hijos varones legitimos, è de legitimo matrimonio carnalmente procreados, ò descendientes de ellos por recta linea masculina varones, è de legitimo matrimonio carnalmente procreados, en tal caso sean, è pervengan la dicha Baronia, è Lugares de ella, al hijo varon legitimo, è de legitimo matrimonio carnalmente procreado de los dichos hijo, ò hijos del dicho Don Francisco, al qual, ò à los quales la dicha Baronia, è Lugares de ella sean pervenidos, ù à sus descendientes varones legitimos, &c.

6 De que es visto, que solo llamò el Testador en la primera classe, y orden de llamamientos, que comprehenden las tres primeras clausulas de la fundacion, à los hijos varones, y descendientes varones de varones, eo por recta linea masculina de su hijo, y primer heredero Don Francisco: pues si bien en lo formal del llamamiento solo se lee: *ù à sus descendientes varones legitimos*, como este directo llamamiento recae sobre la condicion positiva antecedente: *ò descendientes de ellos por recta linea masculina varones*, segun lo convencen las palabras, *en tal caso*, es evidente, que en lo directo, y formal del llamamiento de los descendientes varones en dicha clausula 3. solo comprehendiò el vinculador, no à los descendientes ut cumque varones, si solo à los de recta linea masculina.

7 Y esto se convence con abundamiento, lo uno por las ultimas palabras de la dicha clausula 3. ibi: *E de alli adelante la dicha Baronia, è Lugares pervengan de unos en otros, guardada la forma de suso dicha, è con las calidades de suso expressadas en la substitucion por mi hecha à los hijos del dicho Don Francisco.* Què substitutos diò en primer lugar el vinculador à los hijos del dicho Don Francisco primer heredero? A los hijos varones de ellos, segundos nietos del vinculador, y por consiguiente varones de varones, y de linea recta masculina: Luego deve confessarse, que en lo formal, y directo del llamamiento de los descendientes varones en dicha clausula 3. solo comprehendiò el vinculador à los varones de varones, ò de linea recta masculina.

8 Lo otro: porque en la clausula 4. antes de passar el Testador à prevenir nuevas substituciones, propone en el principio la condicion negativa, y defecto de todas las personas antecedentemente llamadas, y en esta condicion negativa solo incluye à los hijos varones, y descendientes por recta linea masculina del dicho Don Francisco primer heredero, argumento irrefragable de que no comprehendiò à otros varones en las vocaciones de las clausulas antecedentes, por ser principio cierto que aquellas mismas personas se entienden puestas en condicion en la substitucion passiva, y termino negativo para excluir

al

al substituto, que se llamaron primero dispositivamente en la substitucion activa, y termino positivo; *leg. fin. ff ad S. C. Trebel.* Barthol. *in leg. Centurio, ff. de vulgar.* Casanat. *cons. 29. num. 59. & 60.* Addent. ad Molin. *lib. 3. cap. 3. n. 41. vers. Idque procedit,* Leo *in juris respons. post decis. 173. n. 51.* Peregrin. *cons. 69. n. 1. & 2. vol. 2. & de fideicommiss. art. 25. n. 48.* Mantic. *de conjectur. lib. 11. tit. 14. num. 22.*

9 Aliàs se seguiria el absurdo contra la voluntad del vinculador, de que huvieran podido dos personas ocupar à un mismo tiempo en algun caso la sucession, cuyo caso, no assentando como à cierto lo que se pondera, podria aver sucedido; es à saber, si faltando todos los descendientes por recta linea masculina varones de los hijos del dicho Don Francisco, quedassen varones de ellos por linea femenina; pues entonces sucederian estos, como à incluìdos en la vocacion de la clausula 3. y juntamente las hijas del dicho Don Francisco, llamadas en la clausula 4. por aver venido yà el caso de su llamamiento, purificada la condicion con que estavan llamadas de faltar los descendientes varones por recta linea masculina de los hijos del dicho Don Francisco primer heredero, lo que no puede dezirse.

10 Y ultimamente lo que persuade el assumpto, es, el aver dado el Testador en la clausula 5. especial llamamiento à los descendientes varones de las hembras, indicio manifiesto, de que no quiso comprehenderles en la clausula 3. aunque se hallàra concebida con terminos muy generales comprehensivos de varones de linea recta masculina, y de varones de linea femenina.

11 Es expresso el texto *in leg. Coheredi, 41. §. Qui patrem, ff. de vulgar.* en donde aviendo hecho el Testador especial substitucion entre padre, y hijo, y aviendoles dado coherederos, añadiò: *Hos omnes invicem substituo.* Responde Papiniano, no quedar comprehendidos en esta general substitucion el padre, y el hijo: *Propter specialem inter patrem, & filium substitutionem.* Pruevalo tambien el texto *in leg. Hæres, 100. §. Duæ statuæ, ff. de legat. 3.* y en nuestros terminos lo enseñaron Larrea *decis. 54. à num. 17. usque ad 20.* Molin. *lib. 3. de primogen. cap. 5. num. 57.* Mieres, *de majorat. part. 2. quæst. 6. n. 65.* Menoch. *cons. 127. num. 25.* Hieron. Gabr. *vol. 2. cons. 116. num. 24.*

12 Sentado ya, que en las substituciones de las tres primeras clausulas de la fundacion, solo comprehendiò el vinculador à los hijos, y descendientes por recta linea mascalina varones de su hijo, y primer heredero Don Francisco, se viene en legitima consequencia, que entre estos amò, contemplò, y atendiò à su agnacion verdadera; Roxas *de incompatibilit. part. 1. cap. 6. §. 21. n. 306.* Vela *dissert. 49. n. 45.* Molin. *de Hispan. primogen. lib. 3. cap. 5. n. 29.* ubi Addent. *n. 25.* Castillo *lib. 5. con-*

trovers.

*trover/. cap.*91.*n.*94.*& cap.*143.§.*ultimo,num.*5. Noguerol.*allegat* 23.*n.*156. Pegas *de majorat.tom.*2.*cap.*15.*n.*65. Valenç.Velazq. *con/.*97.*tom.*1.*n.*71. Larrea *deci/.*53.*n.*12. Rosa *con/ult.*69.*n.*51.*&* 159.

13 Suele ser tal la ambicion de los mortales en eternizar sus nõbres, y memoria, que à mas de mandar no pocas vezes en sus ultimos decretos, obras ilustres que les perpetùen, fabricas sobervias que les celebren, creyendose por estos medios exemptos de la jurisdiccion de la muerte, como notò Tertuliano, llamandoles: *mortis a/sillum*, hasta el orden natural, y regular de las successiones haze, que trastornen, vinculando sus bienes, y fortunas mas à la agnacion, imaginaria invencion del drecho, §. *Item vetustas*, 15. *inst. de hæredit. quæ ab intest. deferuntur*, que al parentesco, y vinculo natural de sangre.

14 Ni esta propension, que manifestò nuestro vinculador en dichas tres primeras clausulas, puede ofuscarse con la aparente sombra de reparo, de aver llamado à la succession en la clausula 4. à las hijas del dicho Don Francisco primer heredero, como que el llamamiento de hembras serìa enteramente destructivo del concepto de agnacion, segun al parecer sintieron algunos Authores, ut Molin. *de primogen. lib.* 3.*cap.*5.*n.*29.*&* 50. & plures apud Surdum *con/.*316.*n.*3.*lib.*3.

15 Porque se responde, que el llamamiento de hembra, ù de varon cognado, arguye, y prueva solo, que el Testador no contemplò la agnacion, absoluta, y genericamente, y en todos los grados, y lineas, y entre todos sus parientes; pero no, el que no la atendiò en ciertas lineas, grados, ò personas, limitada; de forma, que puede compadecerse muy bien el llamamiento de hembras con el concepto de agnacion limitado à ciertos grados, lineas, ò personas, y assi deven entenderse las authoridades de los Authores, que al parecer sintieron ser el llamamiento de hembras destructivo del concepto de agnacion, como haziendose cargo de ellas, y en especialidad de los lugares citados de Molina, lo explica, y resuelve con admirable diligencia, y juizio Don Juan del Castillo *lib.*5.*controver/. cap.*92.*per tot.* aliàs se avria de falsificar aquel principio, y proposicion de regla, que inducen los DD. de los textos *in leg. Verbis*, 120.*ff.de verbor. /ignificat. leg. Quæ conditio, ff.de condition.& demonstrat. leg.Sub conditione, ff.de hæred.instit. leg.Filius à patre, §. Si quis ex certa, leg. Placet, ff.de liber.& posthum, leg. Si vero, §. De viro, ff. /olut.matrimon. leg.*3.*ff.de legat. præstand. leg.fin. Cod.de verb. /ignific.* de que puede el Testador en unas lineas, y grados contemplar la agnacion, y en otros la regularidad; Surd.*deci/.*66. Casanat.*con/.*4.*num.*221. *& con/.*23.*n.*4. Lara *de vita hom. cap.*30.*n.*85. Larrea *deci/.*53.*n.*26. Vela *di/sert.*49.*n.*69. Carol.Anton.de Luca *de linea legal.artic.*10.*n.*7. Roca *di/put.jur. cap.*3.*n.*36.

16 Supuesto yà, que en la primera classe de llamamientos amò, y contemplò el vinculador la agnacion verdadera en las lineas de los hijos de Don Francisco primer heredero, este motivo solo, en sentir de algunos, es poderoso para persuadir, que en las substituciones ulteriores atendiò el vinculador, y contemplò la agnacion artificiosa; argum. text. *in leg. In ratione*, 5. §. *Si filio, ff. ad legem Falcidiam*, ibi: *Etenim opes patris, & contributio legatorum inde capiunt, & formã, & originem, ita plures substituti subducta persona pupilli revocandi sunt ad intellectum substitutionis. Leg. Qui fundum*, §. *Qui filios, ff. eodem tit.* ibi: *Est igitur rationi congruum, ne plus juris circa personam substituti Testator babeat, quam habuerat in eo, cui eum substituebat.* Vela *dissert.* 49. *à num.* 12. Mieres *de majorat part.* 2. *quæst.* 6. *à num.* 533. y el señor Larrea *decis.* 54. *à num.* 6.

17 Pero no se necessita de este apoyo, aunque tan fuerte, ni de ponderar otras muchas razones, que pueden verse en dicho Larrea *à num.* 6. por tener la verdad, que se acredita fundamento invencible en la misma clausula 5. pues en ella estàn llamados solamente los descendientes por recta linea masculina varones de las hijas de Don Francisco primer heredero, ni puede negarlo el contendor con fundamento: porque à mas de constar literalmente por la clausula misma, que se lee concebida con las mismas expressiones, y palabras que la 3. se haze mas patente por las palabras finales de ella, ibi: *E de alli adelante la dicha Baronia, è Lugares pervengan de unos en otros, de mayor en menor, guardada la forma de susodicha, è con las qualidades de suso expressadas en la substitucion por mi hecha à los hijos varones del dicho D. Francisco.* Y siendo evidente, como està probado en los numeros antecedentes, que à los dichos hijos de Don Francisco unicamente substituyò el vinculador, varones de varones, ò descendientes por recta linea masculina, es illacion legitima, que en la dicha clausula 5. no estàn llamados los varones ut cumque, si solamente los varones descendientes por recta linea masculina de las hijas del dicho Don Francisco primer heredero. Ex communiter traditis ab Interpretibus *in leg. Qui libertis*, §. *Hæc verba, ff. de vulgar.* Peregrin. *de fideicommiss. art.* 16. *n.* 111. Menoch. *volum.* 11. *cons.* 1005. *n.* 3. Surd. *cons.* 313. *n.* 40. & *cons.* 352. *n.* 7. Garcia *de nobilitat. in princip. n.* 49.

18 De lo dicho se infiere, que en dicha clausula 5. en el llamamiento que diò el vinculador à los hijos, y descendientes por recta linea masculina, varones de las hijas de su hijo Don Francisco, contemplò su agnacion artificiosa, queriendo reparar por este medio el defecto de la verdadera, que avia contemplado entre las personas llamadas en las tres primeras clausulas, haziendo à los descendientes de las hijas, de Don Francisco su hijo, en cierto modo agnados: argum. text. *in* §.

Hoc

Hoc etiam instit. de legitima agnatorum successione; leg. 14. §. In his, Cod. de legitimis hæredibus.

19 Porque si bien por la continuada vocacion de varones, y aun por la exclusion de las hembras, no se entiende contemplada la agnacion artificiosa, ut tradit Castillo *dict. lib. 5. 2. part. cap. 133 num. 14. vers. Concluditur itaque*, por inducirse esta con mucha dificultad, como enseñan Roxas *de incompatibilitat. 1. part. cap. 6. à num. 312.* Aguila *part. 3. cap. 4. n. 16.* Marinis *lib. 2. resolut. cap. 126.* Lara *de vita homin. cap. 30. n. 8.* Torre *de majorat. part. 1. cap. 38. §. 3. n. 58.* Pegas *de majorat. 2. part. cap. 14. n. 1.* Rosa *consultat. 69. n. 29.* con todo, quando el testador manifiesta averla amado, se entiende inducida, segun enseñan Roxas, Castillo, Larrea, Vela, y los demàs Autores, que se citaràn inmediatamente, y solo la duda puede estar, en què expresiones son poderosas para ello, y convienen todos, que las que necessariamente concluyen, y acreditan la agnacion artificiosa, son: *Sucedan varones de varones*, ò *Sucedan varones por recta linea masculina.* de hembra.

20 Ita docet Castillo *dict. lib. 5. cap. 133. n. 14.* ibi: *Nisi disponens ipse, aut institutor majoratus, expresse caverit, atque dixerit, se velle vocatorum ipsorum agnationem conservare, aut masculos ex masculis, sive ex linea masculina expresse vocaverit, aut etiam masculos ex fœminis expresse excluserit, tum namque fideicommissum, aut majoratus agnationis judicari debebit in descendentibus vocatorum, idque ob expressam voluntatem disponentis.* Lo propio enseñan Roxas *de incompatibilitat. part. 1. cap. 6. n. 312.* Vela *dissert. 49. n. 45. vers. Primum est*, Surd. *lib. 4. cons. 475. n. 20. vers. Sic etiam*, Franc. Vegius *cons. 63. n. 77.* Larrea *decis. 34. n. 49.* Y siendo, como es, de esta especie el llamamiento de la clausula 5. se ha de confessar, que nuestro vinculador contemplò solamente en ella la agnacion artificiosa, y no la nuda, y simple masculinidad.

21 Ni las razones con que ha querido impugnar el contendor verdad tan clara, y principios tan ciertos, pueden tener algun fundamento, pues la primera, con que ha pretendido desvanecer, y eliminar el concepto de agnacion de dicha clausula 5. se reduce, à que sin expresion literal no podria entenderse inducida la agnacion artificiosa, y que la dicha clausula 5. careceria de semejante expresion: pero se responde, que lo primero es principio muy vulgar, que no podèmos traer à disputa, docent Larrea, Vela, & Castillo in locis supra citatis num. 19. Lo segundo es falsedad temeraria, pues en dicha clausula 5. estàn llamados los varones descendientes por recta linea masculina, segun se ha probado al num. 17. y esta expresion la tienen por literal todos los Autores referidos, pues literal, y expresso se dize todo aquello q̃ se induce de las palabras, como en consequencia necessaria;

Mo-

Molin. *l.3.de primog.cap.5.n.5.*Surd.*cõs.96.n.49.*Larrea *decis.53.n.12.*

22 La ſegunda razon que pondera, ſe reduce, à que en la ſegunda claſſe de llamamientos, avria entrado el Teſtador comprehendiendo à las hembras en la clauſula 4. infiriendo de aì, que no podria en la clauſula 5. averſe contemplado la agnacion artificioſa, queriendolo apoyar con el lugar de Larrea *deciſ.54 num.3.*ibi: *Et cum filias ſuas in defectum filiorum, & maſculos ex illis vocaſſet, non poteſt agnatio præſumi quantumvis maſculos ex maſculis ſubſtituiſſet, ſed ſolum maſculorum prælationem fœminis.* Y ultimamente, que ſiendo la agnacion artificioſa imagen,y repreſentacion de la verdadera,no pudiendo principiarſe eſta en las hembras, tampoco cabe el que la fingida pueda conſiderarſe contemplada, quando ſe llamaron las hembras, como por cabeza de linea, y principio de la ſuceſsion.

23 Eſta objecion, ò apariencia ſe deſvanece enteramente,aſſentandoſe, como ſe deve aſſentar por cierto, y principio invariable lo contrario, pues todos los Autores dan por fixo, todos los Tribunales por ſupueſto, en que jamàs ſe han detenido, que el llamamiento de hembras, quando ſus deſcendientes eſtàn llamados varones de varones,ò por recta linea maſculina, no impide en manera alguna el concepto de agnacion artificioſa, en la eſpecie que trata Larrea en la *deciſ.54.* y en que ſe declarò agnaticio el mayorazgo por el Senado de Granada, eſtavan llamadas hembras, y en propios terminos con muchos Autores, que pueden en èl verſe, lo afirma Vela *diſſert.49.n.45. verſ Primum eſt,* ibi: *Primum eſt, cum ab inſtituente primo vocatur fœmina familiæ, aut cognatus, ſive maſculus ex fœmina, deinceps vocantur maſculi agnati ex illo cognato deſcendentes.* Caſtillo *lib.5.controv. cap. 92. n. 16.* ibi: *Si tamen à principio vocatæ eſſent fœminæ, & poſtea maſculi vocarentur, tali caſu defectis fœminis, quod videatur conſiderata agnatio reſpectu maſculorum, poſt fœminas vocatorum, poſt Socin.Sen.& Socin. Iun. duobus in locis, obſervavit Surd. ipſe eodem conſ.475.n.20. in principio. Quod tamen, cum à vocatione fœminarum inceperit diſpoſitio, difficultatem habere videtur, niſi aliàs ex probatiſsimis, concludentibuſque conjecturis, cum in dubio ſimus deprehendi poſsit, quod Teſtator finitis fœminis agnationem conſervare voluerit, vel ex multiplicatis maſculorum vocationibus, quibus agnationis ratio ſub intellecta conveniat, ſic deprehendi valeat, aliàs contrarium dicendum eſſet.* Lo miſmo ſintiò Franciſco Vegio *conſ.63.n.77.*

24 Ni eſta Juriſprudencia puede parecer eſtraña, pues aſsi como el llamamiento de hembras no deſvanece, ni deſtruye el concepto de agnacion de las ſubſtituciones antecedentes, lo que es comun, y ſe ha fundado al num.15. tampoco ſerà baſtante para impedirle en las vocaciones, y ſubſtituciones ſiguientes.

25 Lo

25 Lo dicho ſe funda en una razon invariable, y es, que por voluntad del Teſtador pueden las hembras vicem maſculorum ſubire, y continuar, y conſervar la linea maſculina, como ſi fueran varones, ſegun que hablando de la agnacion artificioſa lo aſsienta Larrea *dict.deciſ.* 54.*num.*7. ibi: *Et non minus, quam in maſculis, poteſt etiam in fœminis linea maſculina ex voluntate diſponentis conſervari. Cap. Quod dilecto, ubi Gloſſ. & cap. final. de conſanguinitat. & affinitat. cap.* 1. *de Schiſmatic. in* 6. *cap. Vbicumque de pœnis, in* 6. y proſigue, citando à Philipo Provo, Caſtrenſe, Peregrino, Menochio, Fuſario, y otros.

26 Y à la dicha autoridad de Larrea *deciſ.* 54.*num.* 3. ſe reſponde, que dichas palabras ſolo las propuſo por razon de dudar, y que à ellas ſatisface en el num. final de dicha deciſsion, y eſto miſmo acredita mas lo que llevamos fundado, porque en la eſpecie que trata Larrea, no obſtante de averſe alegado dicha razon del contendor, fue deſpreciada, y ſe declarò lo contrario por el Senado de Granada.

27 Y à lo otro de que la ficcion deve imitar la naturaleza, y por cõſiguiente, q̃ ſiendo la agnacion artificioſa ſimulacro de la verdadera, al modo que èſta, ni tampoco aquella podria principiarſe en las hembras, ſe ſatisface con dezir, que en eſſo eſtà la ficcion, en que la hẽbra, ex voluntate teſtatoris, ſe reputa como ſi fuera varon agnado, y ſe finge alli, que lo es la primera perſona llamada; y para que ſe vea ſer eſta la razon genuina; y la que en contrario ſe alega abſolutamente falſa, ſe inſta el argumento deſta forma: La agnacion artificioſa, es imagen, y repreſentacion de la verdadera; atqui la verdadera no puede principiarſe en ningun cognado; luego tampoco podrà la artificioſa? Preciſſamente ha de reſponder el contendor lo miſmo con que le hemos ſatisfecho.

28 De otra forma ſe puede tambien ſatisfacer cabalmente à la propueſta objeccion, diziendo, que nueſtro Teſtador, las lineas para los llamamientos de la clauſula 5. las quiſo formar, y darles por cabeza, y principio à los hijos varones de las hembras llamadas en la clauſula 4. y con eſta inteligencia nada puede obſtar yà la objeccion del contendor, no ſiendo otro nueſtro intento, que acreditar por agnaticio el mayorazgo en los llamamientos de la clauſula 5.

29 Menos obſta, que deveria preſumirſe de maſculinidad nueſtro mayorazgo, y no agnaticio, pues ſe avria fundado en el Reyno de Aragon: pero ſe reſponde, que no aviendo duda, como no la ay, en dicha clauſula 5. mal ſe puede recurrir à conjeturas; *leg. Ille, aut ille, ff. de legat.* 3. *leg.* 14. *tit.* 1. *part.* 1. *leg.* 2. *tit.* 1. *part.* 2. Molin. *lib.* 2. *de primogen. cap.* 6. *n.* 57. Mieres *de majorat.* 1. *part. quæſt.* 41. *n.* 4.

30 Siendo, como es, indiſputable, que en dicha clauſula 5. ſe cõtẽplò la agnacion artificioſa, ſe haze patente la excluſion del cõtendor,

dor,

dor, y que por lo dispuesto en ella no puede aspirar à la succession, hallandose, como se halla, destituìdo de la calidad de agnado artificioso, por ser descendiente de los hijos varones de las hijas del dicho Don Francisco primer heredero, por medio de muchas hembras, cuya pluralidad extingue, y destruye la qualidad agnaticia; Valenç. Velazq. *cons*. 97. *n*. 24. Larrea *decis*. 34. *n*. 70. *&* *decis*. 54. *n*. 11.

31 Dixolo, y fundolo admirablemente el Eminentissimo de Luca *de fideicommiss. dict. discurs.* 28. *num*. 8. cuyas palabras, por no poderse, ni con menos, ni mejor, explicar el assumpto, nos es precisso copiar: *Et quamvis circa initia advocationis scribendo in dicta Bonon. de Barbertis pro masculo mediato succumbente, de qua discursu sequenti, meus intellectus istam conjecturam, seu limitationem capere non posset, eo quia ratio agnationis testatoris urget in progressu, ac postquam ejus familia jam artificialiter renovata est, atque de ficta effecta fuit vera, ne ista per mixturam cognatorum interrumperetur, secùs autem ubi agitur de ingressu pro hujusmodi futura renovatione facienda, cum tunc ut supra spectetur solus sexus, non curato medio, quia sive illud sit simplex, sive sit duplex, semper est cognatus, ac de extranea familia fictè illam Testatoris assumpturus, attamen ut deindè dictarum aliarum causarum disputationes me docuerunt, captivavit intellectum ea probabilis ratio, quod quando ambitiosi testatores, post defectam propriam familiam naturalem, cupiunt illam artificialiter renovare in masculis descendentibus ex fœminis de eadem familia, id restringere solent ad masculos immediatos, eorumque descendentes masculos, absque mixtura alterius medii fœminini, ex duplici probabili ratione; una facilis probationis hujusmodi descendentiæ, quæ in fideicommissis collatis in tempus remotissimum reddi solet penè impossibilis, ac parere inextricabiles litium amfractus, ob quam rationem forus recepit attendi debere magis proximitatem gravati, quam gravantis; & altera magis proxima, quod masculi immediatè procreati à fœmina agnata, ita dicuntur semiagnati, & quasi pro medietate participare de agnatione, quod dici non potest de masculis mediatis per duplex medium fœmeninum, quoniam ita à propria familia effecti sunt omnino extranei, juxta exemplum naturale arborum quarum una super alia inseratur, quoniam fructus qui producitur ab arbore inserta, participare dicitur de altera arbore super qua insertio facta est, sed si super arbore inserta fiat alterius diversæ arboris nova insertio, tunc illa prima arbor super qua prima insertio facta est, tamquam avia, & non mater novi fructus, in nulla consideratione habetur, sed omnino pro extranea, & aliena reputatur, ut ad sensum.*

32 Y ultimamente, lo que dexa sin question la exclusion de Don Fernando, en lo que mira à los llamamientos de la clausula 5. aun independente de lo que se ha dicho respeto de la agnacion, es el estar en ella llamados solamente los varones descendientes de varones,

ò por recta linea masculina de los hijos de las hijas del dicho D. Francisco primer heredero, de cuya calidad se vè destituido el contendor, como à descendiente por medio de muchas hembras; optimè Castillo *dict.cap.* 133.*num.* 12. *prope fin.* ibi: *Sic quoque, quod etiam seclusa ratione, & consideratione agnationis, etiam artificiosæ, & fictæ, evenire possit, quod testator, majoratusve institutor voluerit, masculos dumtaxat ex masculis admitti, nec masculos ex fœminis succedere.* Y Peregrin. *de fideicommiss art.* 26.*n.* 26. ibi: *Item, cum aliqua probabilis ratio suadet, masculum ex fœmina non contineri ad exclusionem substituti, licet de conservanda agnatione non agatur, non utique continetur.*

DISCURSO SEGUNDO.

EN QUE SE MANIFIESTA, QUE EN LA CLAUsula 5. de la fundacion, quando puso el Testador en condicion à los hijos varones, entendiò, y solo quiso comprehender à los varones de varones, ò de recta linea masculina, que antes avia dispositivamente llamado; y que las palabras que se siguen en dicha clausula 6. despues de la condicion, sin hijos varones, *y son:* E descendientes de ellos, ù de ellas, *se deven tomar prout jacent, sin repetirse en ellas la calidad de varones: Y que caso de entenderse todo lo condicional de dicha clausula 6. prout jacet; ò caso tambien de entenderse repetida en todo lo condicional la calidad de varones de varones, siempre deve excluir Doña Rosalìa à D. Fernando.*

33 COmo en la clausula 6. estàn puestos en condicion los hijos varones simpliciter, ibi: *Muriesse sin hijos varones legitimos*, entiende Don Fernando tener en ella fundado el vencimiento; por quanto aviendo puesto el Testador en condicion à los varones simpliciter, les avria llamado en la propria forma à la succession; y por consiguiente avria formado un vinculo de masculinidad, por comprehenderse baxo la expression general de varones igualmēte los varones de varones, que los varones de hembra.

34 Empero este fundamento tiene cabalissima satisfaccion, entendiendose, como deve entenderse dicha general expression, *hijos varones*, coartada, y limitada à los varones de varones, eo de recta linea masculina, de cuya calidad se vè destituìdo Don Fernando; por quanto en todas las substituciones antecedentes solo llamò el Testador, como se ha evidenciado, à los varones de varones, eo de recta linea

nea maſculina; y por conſiguiente deve entenderſe eſta calidad repetida en la condicion de la clauſula 6.

35 Porque ſi bien, regularmente la repeticion de las qualidades de las ſubſtituciones, y de la parte diſpoſitiva, no ſe admite en la condicional, eſto lo limitan todos los Autores, en el caſo de averſe contemplado por el Teſtador la agnacion en la parte diſpoſitiva, y entonces es unanime ſentir de todos los DD. que la expreſsion, *varones*, de la parte condicional, ſolo comprehende à los varones de varones, y no à los varones de hembras; de forma, que ſolo eſtàn pueſtas en condicion aquellas miſmas perſonas que antes eſtavan llamadas en la diſpoſicion, ſegun puede verſe en los Autores citados ſupra num. 8. à quienes añado Torre *de majorat. part. 1. cap. 37. à num. 224.* Luca *de fideicommiſſ. diſcurſ. 24. à num. 5. & diſcurſ. 25 num. 3.* Fulgoſ. *conſ. 55.*

36 Y por ſer terminantiſsimas no pueden omitirſe las doctrinas ſiguientes: Hector Æmilius Ferret. *de jure fæud. cap. 21. num. 17.* ibi: *Et cum maſculi prius vocati proponantur, ac deinde eorum filij maſculi, denotando maſculinitatem continuam, & ſic agnationem, poſtea vero ſubiectum ſit, quod donec aliquis hæres maſculus extiterit, fœminæ non admittantur, hæc particula aliquis maſculus, non de quolibet homine maſculini generis intelligenda eſt, ſed tantum de homine agnato.*

37 Ludovic. Caſanat. *conſ. 63. n. 7. vol. 1.* bien que copiando las palabras de Hondedeo *conſ. 64. n. 7. vol. 1.* dize aſsi: *Similiter, dum incontinenti ſubjungit, & deficientibus maſculis ex dicto teſtatore, ſubſtituit, & intellexit de defectu eorundem maſculorum, quos ſupra in infinitum ſubſtituerat.*

38 Hieron. Gabr. *conſ. 116.* ibi: *Quia in vocatione clarum eſt non comprehendiſſe maſculos deſcendentes ex fœminis, ſimiliter in conditione ſub deſcendentibus maſculis, non poteſt intelligi comprehendiſſe deſcendentes ex fœminis.* Y eſto procede eſtèn diſpoſicion, y condicion en una miſma oracion, ò eſtèn en clauſulas ſeparadas, como puede verſe en todos los dichos Autores: Y ſiendo claro, como ſe ha fundado, que en lo diſpoſitivo amò, y contemplò nueſtro vinculador ſu agnacion, yà verdadera, yà artificioſa, y que ſolo comprehendiò los varones de varones, eo de recta linea maſculina, no puede queſtionarſe que en la expreſsiō *hijos varones* de la clauſula 6. ſolo comprehendiò aquellos; y no à los de hembra, qual es Don Fernando.

39 Proſigue nueſtro vinculador en dicha clauſula 6. y dize: *E deſcendientes de ellos, ù de ellas,* baxo cuya condicional expreſsion quiſo comprehender, y llamar à todos, y qualeſquiera deſcendientes de los hijos, y de las hijas de ſu hijo, y primer heredero Don Franciſco. Amò nueſtro vinculador, y quiſo conſervar ſu agnacion verdadera, por medio

dio de los hijos, y deſcendientes por recta linea maſculina varones de ſu hijo Don Franciſco: conſiderò, que extinctos eſtos, avia de acabarſe, quiſo reparar eſte defeto, yà que no en todo, en parte, por medio del arte, y ficcion, incluyendo, y llamando en la clauſula 5. à ſus ſemiagnados, hijos, y deſcendientes por recta linea maſculina varones de las hijas de ſu hijo, y primer heredero Don Franciſco; y conſiderando que podian tãbien acabar eſtos, y que juntamente quedaſſen hembras, y varones de ellas, deſcendientes del dicho Don Franciſco, deſtituidos del todo de la calidad agnaticia, atendiendo empero, que eran ſus deſcendientes, y de ſu hijo Don Franciſco tan predilecto, quiſo llamarles, è incluirles en la ſucceſsion, antes de paſſarla à perſonas menos dilectas, y eſto lo manifeſtò por aquella expreſsion: *deſcendientes de ellos, ù de ellas.*

40 Y eſta inteligencia claramente ſe perſuade, porque aliàs deveria confeſſarſe por ſuperflua dicha expreſsion, quod non licet in teſtamentis; Torre *de majorat part. 2. quæſt. 23 num.* 30. Mantic. *de conject. lib. 3. tit. 6. num. 1. & ſeqq.* Y ſi el contendor dixere, que en dicha expreſsion ſe deveria entender tambien repetida la palabra *varones*, aunque ſe le dè de barato, no mejora ſu drecho, ni excluye à Doña Roſalìa; porque aſſentando, que ſi ſe ha de repetir, deve ſer en la miſma forma que ſe tomò la palabra *varones*, en la parte diſpoſitiva, ſegun lo que và fundado, en eſte concepto, no puede mejorar ſu partido Dõ Fernando, porque no es deſcendiente varon de varon, eo de recta linea maſculina.

41 Y ſi replicàre el contendor, que ſegun eſta inteligencia tampoco tendria incluſion Doña Roſalìa, por no favorecerla la calidad apetecida por el Teſtador; pero ſe reſponde, que aun en eſtos terminos tiene incluſion Doña Roſalìa, y deve vencer al contendor; porque corriendo, como corren, las partes uniformes, en que eſta ſucceſsion, y mayorazgo es perpetuo entre los hijos, y deſcendientes del vinculador; ſiendo, como es, igualmente cierto, que no queda yà deſcendiẽte agnado, ni verdadero, ni artificioſo, por ſola la perpetuidad paſsò eſte mayorazgo de agnaticio à regular, porque ſiendo caſo omiſſo por el Teſtador, deve eſtarſe à lo diſpueſto por drecho; *leg. Commodiſsime,* 10. *ff. de liber. & poſthum.* Caſtillo *lib. 5. controverſ. cap.* 143. *§. unico, num.* 13. ibi: *Quod ſi deficiant, & in dubium revocetur quis eorum, an fœmina, an maſculus cognatus remotior ad majoratus ſucceſsionem admittendus ſit, cum caſus non reperiatur ab inſtitutore deciſſus, ſed omninò omiſſus, aut forſan non excogitatus, juris communis diſpoſitioni, & regulis ordinariis ſucceſsionis videtur relictus, & eiſdem gubernari, & decidi debet, ut conſervata ſcilicet majoratus perpetuitate, fœmina ipſa ultimi poſſeſſoris filia, vel ſoror, aut ei*

pro-

proximior succedat, utpotè cùm eodem gradu proximior sit, atque ita ex regulis omnibus successionis majoratus fundet intentionem suam contra quoscumque contradicentes, & se liti opponentes, & sic contra masculos etiam cognatos remotiores.

42 Dixolo tambien Roxas *de incompatibilit. part. 3. cap. 4. n. 19.* ibi: *Quod etiam quando in majoratu agnationis ratio contemplata est, per prius succedent ipsi masculi ex masculis, deinde tamen succedere debent fœminæ prioris lineæ, & gradus, & per posterius masculi ex fœminis remotioris, sive posterioris lineæ, & gradus; quia finitis agnatis cum expresse ab institutore aliud diffinitum, seu præcautum non sit, sed omissum remanet, successio in hoc casu ad dispositionem majoratus regularis redacta censetur: si enim institutor aliter voluisset dixisset.*

43 Enseñò lo mismo su Addente Aguila *part. 1. cap. 6. num. 364.* Parlador. *de fideicommiss. quæst. 1. cap. 9.* Vela *tom. 2. dissert. 49.* Noguerol. *allegat. 23. n. 176.* Censalio ad Peregrin. *art. 20. vers. Neque verum, fol. 33.* Marinis *lib. 2. resolut. cap. 126.* Y està comunmente reprobada, y en ningun Tribunal admitida la opinion de los Addent. ad Molin. *lib. 3. cap. 8. n. 7.* y de Rosa *dict. consultat. 69.* que quisieron, que en los mayorazgos de agnacion, extinctos los agnados, passava antes el mayorazgo à ser de simple masculinidad, que regular: y lo dicho procede, no solo en la Corona de Castilla, si que tambien en los Reynos de Aragon, Cataluña, y Valencia, como puede verse en Leon *tom. 2. decis. 209. n. 11.* Fontanell. *decis. 34. n. 5.* Ramon. *cons. 100. n. 205.* Suelves *cons. 95. num. 2.* Pegas *tom. 1. resolut. 4. n. 159. & tom. 2. de majoratib. cap. 10. num. 1.*

44 Y para que se vea patentemente, que por ningun cabimiento puede competir la succession con Doña Rosalìa el contendor, aun dado que lo condicional de dicha clausula 6. se tomarà solo prout ipsius verba jacent, jamàs podria excluirla; porque dichas palabras, *sin hijos varones*, no pueden significar mas que prelacion de los varones à las hembras, y esta, quando ex voluntate testatoris aliud evidenter non apparet, solo puede entenderse dentro de la misma linea, y grado; pero no de forma que el varon mas remoto, y de inferior linea, prefiera à la hembra mas proxima, y de linea superior, como lo enseña Gregor. Lop. *in leg. 3. tit. 8. partit. 6. quæst. 26. colum. 81.* Molin. *de primogen. lib. 3. cap. 5. num. 71.* ubi Addent. *vers. Et hinc est,* Lara *de vita homin. cap. 30. n. 82.* Valenç. Velazq. *cons. 97. à num. 59. usque ad 78.* Alvarado *de conject. ment. Defunct. lib. 2. cap. 3. §. 4. à n. 31.* Vela *dissert. 39. num. 57.* Castillo *lib. 6. cap. 138. in fine,* Mieres *2. part. à num. 4.* Fontanell. *decis. 35. & 36.* Ramon *cons. 100. à num. 482.* Covarrub. *lib. 3. variar. cap. 5. n. 5. & 7.* Marinis *variar. resolut. lib. 2. cap. 126.* Spino *de testamentis glos.*

19.*num.*84. Barbosa *vot.*126.*à n.*239. y esto procede, aunque lo que dize tacitamente la condicion sin hijos varones, estuviera expressamé-te prevenido por el testador, con la expresion literal: *masculos fœminis præferendo*, en cuyos terminos hablan los Autores referidos, y aunque dicha clausula incluyesse la diccion, *semper*. Rota apud Roxas *decis.* 72.*n.*90. Corn. *cons.*230.*n.*6. & 7. *lib.*3. Spino *dict. gloss.* *n.*89. Peregrin. *de fideicomm. art.*27.*n.*1. 12. & 15. Fusar. *cons.*116. *n.*2. Ramon *cons.*100.*n.*482. & 483. Fontanell. *decis.*35.*n.*13. Con quanta pues, mas razon en nuestro caso procederà lo dicho, siendo asi que dicha prelacion en la clausula 6. no està expressa, y dispositivamente mandada, si solo tacita, y condicionalmente, y sin la diccion, *semper*?

45 Y si contra todo lo dicho, y hasta aqui ponderado objetàre el contendor las palabras de una Real Sentencia del Supremo Consejo de Aragon, dada, y publicada en 22. de Marzo 1641. en favor de Doña Ana Zarzuela, y contra el Real Monasterio de San Miguel de los Reyes, ibi: *Franciscum ejus filium instituisse hæredem sub vinculo, & fideicommisso perpetuo ad favorem filiorum masculorum ejusdem, & descendentiũ filiorum ex eis, cum prælatione semper masculorum fœminis, & majorum minoribus, dummodo non sint Religiosi, &c. & his deficientibus ad favorem filiarum ipsius hæredis, & masculorum illarum, cum eadem conditione dummodo non sint Religiosi, &c. gravamine etiam nominis, & armorum, de majore in minores, & de uno in alio in omnes descendentes, tam per lineam masculinam, quam per fœmeninam, cum eisdem prælationibus masculorum fœminis.* Queriendo inferir de estas palabras, que en concepto del Supremo de Aragon, se avria calificado nuestro mayorazgo por de nuda, y simple masculinidad.

46 Se responde: Lo primero, que en dicho pleyto, sobre que se pronunciò la referida Sentencia, no se disputò la calidad del mayorazgo, si unicamente la libertad de ciertos bienes por parte del Convento, y por parte de Doña Ana Zarzuela, que estavan sugetos à nuestro mayorazgo; y por consiguiente, ni se pudo declarar en la Sentencia formalmente la calidad de nuestro mayorazgo, de forma que le aya podido dar estado, por no averse litigado esto en el pleyto, ni se devieron examinar con delicadeza sus clausulas, para formar el dicho, attento; no siendo esto, como no era, del caso, tirandose solo à declarar en la Sentencia, que avia mayorazgo, y que en èl recaìan los bienes del pleyto; punctim Card. de Luca *de judic. discurs.*35.*n.*77. *de fæud. in decis. Siciliæ, n.*61. & *de testament. discurs.*73.*n.*25. Farinac. *decis.*346.*n.*5. *part.*2. *in posthum.* & Rota *part.*7. *recent. decis.*17. & *part.*9. *decis.*285.

47 Lo otro, porque dicha Sentencia fue despues revocada, y se declarò en favor del Convento de San Miguel de los Reyes, segun parece

rece por la Concordia, que està cabeça de los autos; y es de estrañar, que el contendor se valga de las palabras de dicha sentencia revocada, quando èl mismo en su escrito de 18. de Junio de 1729. que està en los autos à foj. 167. al vers. *Y aunque Doña Ana Zarzuela*, con el pretexto de la revocacion insiste, y bien, en que no deve atenderse, para prueva de que la dicha Doña Ana sucediò en nuestro mayorazgo jure vinculi.

48 Lo otro, por que las palabras de dicho, attento, deven entenderse de prelacion, no de qualesquiera varones, en lo que mira à los dos primeros llamamientos, si unicamente de los varones de varones; y en las ultimas palabras: *Cum eisdem prælationibus*, deve entenderse la prelacion dentro de la misma linea, y grado, segun lo que và fundado al num. 44.

49 Queda de todo lo referido, que en las tres primeras clausulas de la fundacion contemplò nuestro vinculador su agnacion verdadera, y que como à destituìdo desta calidad, no puede pretender por ellas inclusion Don Francisco Fernando: Menos por la clausula 4. en que estàn llamadas las hijas de Don Francisco primer heredero: Tampoco por la clausula 5. pues en ella llamò nuestro vinculador à los descendientes varones de varones, eo de recta linea masculina de las dichas hijas; y por consiguiente à sus agnados artificiosos, que no lo es Don Fernando, ni descendiente varon de varon, eo de recta linea masculina de las dichas hijas. Y finalmente, lo condicional de la clausula 6. nada puede favorecerle; si empero à Doña Rosalìa en qualquier sentido que se tome; porque si en toda la parte condicional se entiende repetida la calidad de varones de varones, extinctos, como son yà todos los agnados verdaderos, y artificiosos, se hizo por la perpetuidad, regular este mayorazgo. Si solo se repite la dicha calidad hasta el versiculo: *Sin hijos varones*, inclusive, por las palabras siguientes: *E descendientes de ellos, ù de ellas*, queda formado un mayorazgo regular. Y ultimamente si se toma dicha clausula prout jacet, como la prelacion de los varones, en duda, solo puede entenderse dentro la misma linea, y grado, parece, que por todos caminos queda acreditada la inclusion de Doña Rosalìa, y exclusion de Don Fernando.

50 Y espera de la alta comprehension de quien ha de determinarlo, que assi lo declararà à su favor, &c.

El Doct. Don Faustino Locella.